

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 5 DE JUNIO DE 2019 (320/2019)**

**El plazo aplicable a la acción derivada
del seguro de caución para la devolución
de las cantidades anticipadas
en la compraventa de viviendas
es el general del art. 1964 C.civ.**

Comentario a cargo de:
MARIANO YZQUIERDO TOLSADA
Catedrático de Derecho civil
(Universidad Complutense de Madrid)
Consejero de Cuatrecasas

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 5 DE JUNIO DE 2019

RoJ: STS 1796/2019 - **ECLI:** ES:TS:2019:1796

ID CENDOJ: 28079119912019100016

PONENTE: EXCMO. SR. DON FRANCISCO MARÍN CASTÁN

Asunto: para el caso de que las viviendas no sean entregadas, es sabido que los promotores pueden haber garantizado la devolución de las cantidades anticipadas por los compradores por medio de aval o por medio de un seguro de caución. La cuestión debatida es la de determinar es si bajo el régimen de la Ley 57/1968, producido el incumplimiento, la acción de los compradores contra la aseguradora de caución para lograr la restitución de las cantidades anticipadas está sujeta al plazo de prescripción de dos años establecido en el art. 23 de la Ley de Contrato de Seguro o si el plazo aplicable es el general de las acciones personales

establecido en el art. 1964 Cciv. (quince años en el texto aplicable al presente caso, cinco años en la actualidad, desde la reforma introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la LEC). La sentencia se decanta por la segunda solución, y basa esta decisión en la conveniencia de que el plazo no sea distinto al que sería aplicable para la ejecución del aval.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1. El plazo aplicable es el general de las acciones personales. 5.2 El dies a quo. ¿Cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o entrega efectiva de las viviendas? 5.3. Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

La promotora demandada y los demandantes habían suscrito un contrato privado de compraventa el 29 de julio de 2002. La vivienda debería estar terminada el 31 de agosto de 2004. De no ser así, se preveía la concesión de un plazo de gracia de 90 días, de modo que a partir del día 91, se vería obligado a abonar al comprador una cantidad equivalente al pago mensual de la carga hipotecaria mensual que el comprador hubiera tenido que atender al subrogarse en la hipoteca que grava la vivienda, y ello hasta la entrega de la propiedad por el vendedor. Además, y pasado un plazo de 180 días, el comprador podría ejecutar la garantía otorgada por el vendedor, si decidiera resolver el contrato.

Esa obligación de devolución de las cantidades adelantadas (algo más de 90.000 euros) se garantizaría con un seguro de caución, que, en efecto, se convino el 3 de octubre. En él se definía el siniestro si se daban estas circunstancias:

«Que no se hayan iniciado las obras, no hayan llegado a buen fin o no se haya entregado la vivienda en el plazo convenido o que no haya sido expedida la licencia de primera ocupación o la Cédula de Habitabilidad en el plazo fijado, en su caso, siempre que por el asegurado no se haya concedido la prórroga a que se refiere el artículo tercero de la Ley 57/68».

Y además, se establecía que «conforme al art. 16 de las condiciones generales de la póliza colectiva y 9 de la individual, «las acciones derivadas de la póliza prescribirán a los dos años desde que pudieran ser ejercitadas».

El 21 de septiembre de 2004 se solicitó la licencia de primera ocupación, y con fecha 15 de diciembre de 2004 la Gerencia Municipal de La Línea de la Concepción concedió dicha licencia de manera condicionada: «siempre y

cuando el uso del suelo y toda edificación allí existente sea el turístico, prohibiéndose de forma expresa el uso residencial de los apartamentos, so pena de revocar la presente licencia de primera ocupación».

Por auto de 16 de febrero de 2006 del Juzgado de Instrucción n.º 5 de Marbella, se acordó atender la solicitud de autorización judicial formulada por la administradora judicial de la entidad vendedora, y autorizar que se procediera a resolver los contratos de compraventa, «quedando aplazada en su caso la devolución de los fondos correspondientes hasta que las sociedades promotoras dispongan de efectivo suficiente».

La reclamación extrajudicial contra la aseguradora no tuvo lugar hasta el 14 de agosto de 2012, y la demanda se presentó el 21 de diciembre, interesando la devolución de principal e intereses.

2. Soluciones dadas en primera instancia

La sentencia del Juzgado número 4 de La Línea de la Concepción de 19 de noviembre de 2014 estimó la demanda, entendiendo que la acción no estaba prescrita. por no ser aplicable el plazo de dos años del art. 23 LCS sino el general de quince años del art. 1964 C.civ.: la reclamación de las cantidades anticipadas no se funda en el contrato de seguro sino en la Ley 57/1968. que no establece un plazo especial. El contrato estaba, en efecto, sujeto a esa ley, pues, aun cuando en su expositivo primero se hablara de la construcción de «apartamentos turísticos con uso hotelero», otras muchas de sus estipulaciones contenían el término «vivienda», lo cual no deja de ser un vocablo que implica un evidente uso residencial y no lucrativo. Y, por otra parte, tanto el contrato de compraventa como el seguro de caución hacían continuas alusiones a la Ley 57/1968, que además se configuraba como la segunda de las fuentes de interpretación jurídica para integrar el contrato de seguro después del clausulado de la propia póliza.

También se enfatizaba que del auto de 16 de febrero de 2006 podía colegirse que la vivienda no se había entregado en plazo, ya que en él se aludía a la existencia de «justa causa» para dicha resolución.

Si el plazo de entrega había finalizado el 30 de noviembre de 2004, la falta de entrega por la no concesión de cédula de habitabilidad determinaba la concurrencia del presupuesto previsto en el art. 3 de la Ley 57/1968 y en la propia póliza, y legitimaba a los compradores para reclamar de la aseguradora la devolución de los anticipos.

3. Solución dada en apelación

La aseguradora condenada interpuso recurso de apelación, que fue estimado por la sentencia de 30 de junio de 2015 de la Audiencia Provincial de Cá-

diz. No se discutía la aplicación al caso de la Ley 57/1968, pero se desestimaba la demanda por considerar prescrita la acción. Se entendió que a ese seguro de caución le era de aplicación el plazo de dos años previsto en el art. 23 LCS, a contar desde la declaración de resolución contractual de 16 de febrero de 2006, que es la fecha a partir de la que la acción pudo ejercitarse. Y lo cierto era que la primera reclamación contra la aseguradora había tenido lugar por medio de un fax de 14 de agosto de 2012.

4. Los motivos de casación alegados

El único motivo del recurso planteado por los compradores se fundó en la infracción de los arts. 23 LCS y 1964 CC en relación con la doctrina jurisprudencial contenida en las sentencias de la Sala 1ª de 17 de enero de 2003, 7 de noviembre de 2003 y 16 de enero de 2015 (esta última de pleno). En síntesis, se alegaba que la acción ejercitada no deriva del contrato de seguro sino de la propia Ley 57/1968, con lo que el plazo de prescripción no es el previsto en el art. 23 LCS sino el general del art. 1964 Cciv.

Naturalmente, el asegurador se opuso al recurso, alegando que la acción estaba prescrita por haberse presentado más de dos años después desde la resolución del contrato, y alegando que también existen sentencias que entienden que, en efecto, el aplicable es el plazo bienal (así, SSTs de 6 de junio de 2001 y 15 de julio de 2005, esta segunda *obiter dictum*). En el seguro de caución se puede decir que el comprador protegido en realidad es «parte integrante» del contrato de seguro. Y además, se argüía que las dudas se disiparon con la reforma de la disposición adicional primera de la Ley de Ordenación de la Edificación (llevada a cabo por el apdo. 2 de la disposición final tercera de la Ley 20/2015, de 14 de julio, de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras, LOSSEAR en adelante), pues, al regular los requisitos del seguro de caución como garantía de devolución de las cantidades anticipadas en la construcción y venta de viviendas, no se menciona expresamente el plazo de prescripción, pero sí se remite a la LCS «en todo lo no específicamente dispuesto». Y, por otra parte, si se opta por el aval como fórmula de garantía, la reforma establece un plazo de caducidad de dos años a contar desde el incumplimiento del promotor sin que el avalista haya sido requerido por el adquirente para la resolución del contrato.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

5.1. *El plazo aplicable es el general de las acciones personales*

Debe adelantarse que esta sentencia se pronuncia sobre un aspecto polémico de la Ley 57/1968, de 27 de julio, sobre percibo de cantidades anticipadas en la

construcción y venta de viviendas, aplicable a los hechos controvertidos, pero que esta ley ya no se encuentra en vigor desde el 1 de enero de 2016, fecha de la entrada en vigor de la *Ley 20/2015, de 14 de julio, de Ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras*, que la derogó (Disposición derogatoria tercera).

La Ley 57/1968 establecía para los promotores de viviendas la obligación de «*percibir las cantidades anticipadas por los adquirentes a través de una Entidad bancaria o Caja de Ahorros, en las que habrán de depositarse en cuenta especial, con separación de cualquier otra clase de fondos pertenecientes al promotor*» (art. 1.2^a), así como la obligación de garantizar la devolución de las cantidades entregadas, mediante de seguro o por medio de aval solidario.

El Tribunal Supremo pone la atención en la STS 3/2003, de 17 de enero, que había considerado aplicable el plazo general del art. 1964 CCiv. y no el del art. 23 LCS. El comprador asegurado «es un simple beneficiario del seguro concertado entre el vendedor y el asegurador y, por tanto, “exento de obligaciones”». Importa poco que la STS de 21 de septiembre de 2016 no descartara la aplicación del plazo de dos años del art. 23 LCS, pero es que se trataba de un caso «no regido por la Ley 57/1968 porque el objeto de la compraventa había sido un establecimiento destinado a oficina de farmacia».

Pero además, la Sala toma en consideración otra sentencia plenaria, a saber, la STS de 16 de enero de 2015, que, para el caso del banco depositario de los anticipos que no había exigido la apertura de cuenta especial ni la garantía en forma de aval o seguro (art. 1-2.^a de la Ley 57/1968), había entendido que el plazo aplicable era el general del art. 1964 CC y no el de un año del art. 1968-2.º. En esta sentencia (comentada en esta colección por Colino Mediavilla, 2016, pgs. 163 y ss.), se entiende que no existe relación contractual directa entre la entidad de crédito depositaria de las cantidades anticipadas y los adquirentes, pero sí hay entre ellos una suerte *de relación precedente análoga de naturaleza contractual*, dada la indiscutible conexión que existe entre el contratos de compraventa de la vivienda y el de cuenta corriente. Si la propia ley exige a la depositaria la obligación de controlar la existencia de la garantía, ello equivale a decir que el comprador perjudicado por la falta de entrega de la vivienda no es una persona indeterminada en el contrato con la entidad bancaria, por mucho que no sea parte del mismo. Y ello nos conduce a excluir la responsabilidad extracontractual y el plazo de un año, que era lo que en aquel caso se discutía.

Esta sentencia de 2015 constituyó un ejemplo más de esa «zona fronteriza» entre responsabilidad contractual y extracontractual, de la cual me he ocupado en numerosas ocasiones y que, desde luego, da lugar a muchos abusos que consisten en *teñir, barnizar* o hasta de *disfrazar* de contractual algo que no lo es para así escapar del cruel e inmisericorde plazo de un año de la responsabilidad extracontractual o aquiliana (art. 1968.2º C.civ.), desgraciadamente aún presente en nuestro derecho (Yzquierdo, 2019, pgs. 113 y ss.).

En el caso de la STS de 5 de junio de 2019, objeto de este comentario la garantía se había constituido, no con aval, sino en forma de seguro de caución. Y el asegurador pretendía que se aplicase el art. 23 LCS, que somete al plazo de dos años las acciones que se deriven del contrato de seguro, si se trata de seguro de daños, y al de cinco años si el seguro es de personas. Admitamos por un momento que el comprador, perjudicado por la falta de entrega de la vivienda, no es parte en ese contrato de seguro, y concluyamos que ante esa tesitura, la verdad es que la recuperación de las cantidades anticipadas se puede lograr con más comodidad diciendo que el plazo del art. 23 LCS rige en las relaciones entre asegurador y asegurado, pero no en las relaciones entre asegurador y tercero (como hizo, de hecho, la STS de 27 septiembre 2007)...

Pero siempre que se haga un exquisito *salto argumental*. Y es que la misma lógica que excluye la aplicación de la LCS podría conducir a afirmar que lo aplicable no es el plazo de dos años de su art. 23 sino el plazo de un año de la responsabilidad extracontractual. Yo mismo he mantenido que ese artículo no rige para la acción directa del perjudicado contra el seguro de responsabilidad civil (art. 76 LCS), sino que el plazo aplicable será el mismo que se aplicaría si no existiera seguro y hubiera que pedir la indemnización al responsable del daño (Yzquierdo, 2019, pg. 573). Resulta muy curiosa la STS de 13 de septiembre de 1985, para la que no importa que un daño sea extracontractual o contractual: como hay contrato de seguro, el plazo para que la víctima reclame del asegurador es el general de quince años (ahora diríamos cinco) del art. 1964 C.civ. Nada más lejos de la realidad: la víctima, para reclamar directamente del asegurador, dispone del mismo plazo de prescripción del que dispondría si hubiera preferido reclamar contra el asegurado causante del daño. El régimen de prescripción correspondiente a la relación entre responsable y perjudicado se traslada a la acción directa contra el asegurador, en bloque. Si la responsabilidad del demandado es extracontractual, también será aplicable el plazo de un año al asegurador codemandado. Y si es contractual, lo aplicable será el plazo general de las acciones personales (a salvo de que la concreta relación contractual tenga adjudicado otro plazo específico).

Hablo de *salto argumental* porque eso es justo lo que hace esta sentencia: para evitar que a alguien se le pueda ocurrir decir que la obligación del asegurador de caución frente al comprador que pide la devolución de las cantidades anticipadas, no se rige por el plazo de dos años (pues art. 23 LCS solamente juega entre las partes del contrato), pero entonces no queda más remedio que aplicar el plazo anual (pues para eso está el plazo previsto en el art. 1968.2º entre víctima y victimario no unidos por contrato), se viene a decir lo siguiente: el plazo es el general del art. 1964 C.civ. (para el presente caso, quince años), por una «razón fundamental»: *«el art. 1-1.ª de dicha ley prevé como garantías alternativas de la devolución de las cantidades anticipadas tanto el contrato de seguro como el aval solidario, y no tendría ningún sentido que el plazo de prescripción de la acción de los compradores fuese distinto —y considerablemente más corto— en el caso del seguro que en el del aval, ya que ambas formas de garantía deben ser contratadas imperativamente*

por el vendedor en beneficio exclusivo de los compradores y el art. 7 de la propia Ley 57/1968 establece que los derechos de estos “tendrán el carácter de irrenunciables”.

Personalmente, creo que, en efecto, sería muy poco presentable que el comprador, que no es quien decide de qué manera va el promotor a garantizar sus obligaciones, se encontrara ante la tesis irritante de que habla la sentencia: un plazo de cinco años para ejecutar el aval y otro distinto y mucho más corto para intentar el recobro por la vía del seguro de caución.

Pero es que, en pura lógica formal, igual de defendible habría sido decidir que, ante la ausencia de contrato entre comprador y asegurador de caución y ante la ausencia de contrato entre comprador y entidad de crédito, ambas reclamaciones se habría de ver regidas por el plazo de un año del art. 1968.2º C.civ. O decidir que, como contrato no hay pero tampoco hay propiamente un daño «causado por» el demandado (asegurador o entidad de crédito, lo mismo da), entonces el plazo aplicable es el de quince años (ahora cinco) porque no se trata, ni de un perjuicio causado por un incumplimiento contractual (art. 1101) ni por una acción u omisión del demandado (art. 1902), sino que estamos, simplemente, ante una obligación «derivada de la ley» (art. 1090).

Y aquí es donde, aparte de hacer el aludido salto argumental, la sentencia hace otro, más acrobático si cabe: si la garantía constituida es la del seguro de caución, ¿es del todo cierto eso de que el comprador no es parte? ¿Ni siquiera cuando él mismo acepta y firma la póliza individual? ¿No importa tampoco que la póliza por él aceptada y firmada sometiera la acción al plazo de dos años?

5.2. *El dies a quo. ¿Cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o entrega efectiva de las viviendas?*

El recurrente planteó de manera subsidiaria un segundo fundamento para su recurso. Un segundo fundamento que tiene un aire de haber sido planteado «a la desesperada». Se decía que la licencia de primera ocupación se había otorgado el 15 de diciembre de 2004, tras haberla solicitado la promotora el 21 de septiembre anterior. Se argumentaba que la obra sí finalizó en plazo porque el límite “realmente pactado en el contrato era el mes de febrero de 2005”, y la posterior resolución del contrato por auto del juzgado de instrucción de 16 de febrero de 2006 no respondía a la falta de licencia de primera ocupación, documento equivalente a la cédula de habitabilidad cuya falta se consideró decisiva por la sentencia de primera instancia para estimar la demanda.

La sentencia aprovecha para llamar la atención del error cometido por el juzgador de primera instancia. Llama la atención, en efecto, que se diga que del hecho de que la vivienda contara con licencia de primera ocupación desde mediados de diciembre de 2004 no se puede concluir que pudiera ocuparse, pues esa licencia «no equivalía a la concesión de la cédula de habitabilidad

necesaria para poder acceder a servicios esenciales de luz y alcantarillado». Y es que, en cualquier caso, si el plazo de entrega había finalizado el 30 de noviembre de 2004, la falta de entrega por la no concesión de cédula de habitabilidad determinaba la concurrencia del presupuesto previsto en el art. 3 de la Ley 57/1968 y en la propia póliza, y el retraso en la entrega de las propiedades legitimaba a los compradores para reclamar de la aseguradora la devolución de los anticipos.

5.3. Conclusión

La sentencia aplica el plazo general de prescripción de las acciones personales, que era de quince años cuando los hechos ocurrieron, y que es de cinco años desde la reforma del art. 1964 C.civ., introducida por la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y basa la argumentación en que no sería lógico que si la constituida para asegurar la devolución de las cantidades anticipadas por el comprador es una garantía en forma de seguro de caución, el plazo fuese más corto que el aplicable si se hubiera tratado de garantía en forma de aval. Tal argumentación sería válida si se tratara, simplemente, de razonar que el plazo ha de ser el mismo, pero es insuficiente cuando de lo que se trata es de decidir si ese (mismo) plazo debe tener una duración o debe tener otra.

Y téngase en cuenta que, tras la reforma efectuada en la Ley de Ordenación de la Edificación (llevada a cabo por el apdo. 2 de la disposición final tercera de la LOSSEAR) resulta que la ley, ahora sí, diferencia entre las dos clases de garantías: el seguro de caución encuentra una remisión genérica a la Ley del Contrato de Seguro «en todo lo no específicamente dispuesto» (Disposición adicional primera, Dos, 1.1), mientras que para el aval se establece que «*transcurrido un plazo de dos años, a contar desde el incumplimiento por el promotor de la obligación garantizada sin que haya sido requerido por el adquirente para la rescisión del contrato y la devolución de las cantidades anticipadas, se producirá la caducidad del aval*» (Disposición adicional primera, Dos, 2.c).

En el caso de esta sentencia, tenemos que felicitarnos de la solución, favorable a un comprador que ni tiene ni la vivienda ni tiene el dinero que entregó a cuenta. Pero, dado el callejón sin salida (o mejor, con múltiples salidas) a que conduce cualquier argumentación lógica, mejor sería que el legislador pusiera orden en materia de prescripción extintiva de las acciones personales. De todas ellas. De momento el Tribunal Supremo, para los casos que aún se rijan por la derogada Ley 57/1968, dicta una doctrina: ambas garantías no merecen contar con plazos diferentes, y escoge el de cinco años. Pero los incumplimientos que ocurran con las normas vigentes después de la LOSSEAR tendrán un plazo de prescripción de cinco años en caso de seguro de caución y un plazo de dos años de caducidad en caso de aval.

6. Bibliografía

- Colino Mediavilla, «Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2015 (426/2015). Responsabilidades por inexistencia de la garantía exigida por el artículo 1 de la Ley 57/1968 y naturaleza jurídica. Plazo de prescripción de la acción contra la entidad de crédito depositaria de los anticipos y *dies a quo*», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las sentencias de unificación de doctrina* (Civil y Mercantil), Vol. 7º, 2015, pgs. 163 y ss.
- Colino Mediavilla, *Anticipos del consumidor para adquirir una vivienda futura*, ed. Reus, Madrid, 2017.
- Yzquierdo Tolsada, *Responsabilidad civil extracontractual. Parte general: Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias*, ed. Dykinson, 5ª edic., Madrid, 2019.

